

УДК 347.965 : 343.13

Оверчук С. В.*адвокат, кандидат юридичних наук,**(Навчально-науковий інститут права ім. І. Малиновського**Національного університету «Острозька академія»)*

ВІДВІД АДВОКАТА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ВНАСЛІДОК КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ

Кримінальний процесуальний кодекс України в статті 78 містить перелік підстав для відводу захисника та представника, який, на відміну від відповідних норм щодо слідчого судді, судді або присяжного (ст. 75 КПК України) є закритим, тобто не підлягає розширеному тлумаченню. Проблеми у застосуванні цієї статті вказують на недоліки правової регламентації інституту відводу в процесуальному праві, багато його положень викликають питання, вимагають роз'яснень, зокрема, щодо відводу захисника та представника на підставі конфлікту інтересів. Надалі, згадуючи тексті захисника та представника, буде умовно вживатися термін «адвокат», оскільки стаття присвячена адвокату, який здійснює в кримінальному провадженні професійну діяльність в будь-якому з цих процесуальних статусів. У випадках, коли процесуальний статус адвоката має особливе значення, він буде спеціально означений.

Проблемні питання інституту відводу в процесуальному праві досліджували як українські, так і зарубіжні вчені, зокрема: О.Ф. Ануфрієва, Д.Т. Арабулі, М.В. Горський, С.О. Іваницький,

© Оверчук С. В., 2018

© Національний університет «Острозька академія», 2018

-
- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

Ю.О. Кухарук, Х.А. Мамедова, В.О. Попелюшко, А.С. Таран та інші. Наукові дослідження, репрезентовані в правцях вказаних науковців, стосуються, здебільшого, або загальних питань інституту відводу, або ж ґрунтуються на положеннях КПК, прийнятого в радянський період, що актуалізує наукову розвідку конкретної проблематики відводу адвоката на підставі колізії інтересів згідно з положень КПК 2012 року.

Метою цієї роботи є науково-теоретичне дослідження підстав відводу адвоката та принципу уникнення конфлікту інтересів у їх взаємозв'язку, а також вивчення теоретичних і практичних проблем, що виникають під час визначення конфлікту інтересів як підстави для відводу адвоката. Для досягнення мети дослідження були поставлені наступні *завдання*: проаналізувати відповідні законодавчі акти, міжнародні документи, правила адвокатської етики щодо нормативного врегулювання відводу адвоката внаслідок колізії інтересів та реалізації принципів конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів; виявити прогалини правового регулювання цієї підстави відводу у випадках конфлікту інтересів між різними учасниками кримінального провадження; виробити та сформулювати на цій основі обґрунтовані пропозиції та рекомендації, спрямовані на вдосконалення законодавства та Правил адвокатської етики в зазначеній частині та підвищення ефективності їх застосування.

Принцип уникнення конфлікту інтересів безумовно є одним з наріжних каменів здійснення адвокатської діяльності, проте його тлумачення і застосування викликає багато суперечностей як серед адвокатів та інших учасників процесу, так і в середовищі науковців. Важливість дотримання цього принципу засвідчується в низці міжнародних документів. Так, згідно з Рекомендації № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів від 25 жовтня 2000 року обов'язки адвокатів щодо їхніх клієнтів

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

мають включати уникання конфлікту інтересів [1]. Згідно з Хартії основних принципів європейської адвокатської професії (Charter of Core Principles of the European Legal Profession) до основних принципів, зокрема, належить принцип уникнення конфлікту інтересів як між різними клієнтами, так і між клієнтом і адвокатом [2].

Конфлікт інтересів може виникнути з різних підстав і між різними учасниками процесу, однак не всі колізії мають процесуальні наслідки, зокрема, відвід адвоката. Юридична енциклопедія тлумачить конфлікт (лат. *conflictus*) як зіткнення поглядів, інтересів, позицій та інше, що супроводжується конфронтацією, суперництвом, конкуренцією чи протиборством його учасників [3, с. 335]. «Узагальнення теорії та адвокатської практики, – зазначає С.О. Іваницький, дозволяє виділити 4 основні види (комбінації) конфлікту інтересів у професійній діяльності українського адвоката: конфлікт інтересів між адвокатом і поточним (1) або колишнім (2) клієнтом (особисті конфлікти інтересів); конфлікт інтересів між поточними клієнтами (3) або поточним і колишнім (4) клієнтом (конфлікти клієнтів)» [4, с. 317]. Розглянемо основні випадки конфліктів інтересів, які пов'язані з тематикою даної наукової розвідки.

Законодавець виокремив дві колізії інтересів, розмежувавши їх в залежності від учасників кримінального провадження між якими вони виникли. Перший випадок впливає з протиріччя інтересів адвоката та його клієнта. Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та ч. 1 ст. 9 Правил адвокатської етики під конфліктом інтересів слід розуміти суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками перед клієнтом, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи не вчинення ним дій під час здійснення

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

адвокатської діяльності [5]. Вказаний закон (ч. 1 ст. 28) вбачає такий конфлікт інтересів лише підставою для відмови в укладенні договору про надання правової допомоги, проте ніяк не підставою для відводу адвоката.

Другий випадок кримінальний процесуальний закон пов'язує із суперечністю інтересів кількох (двох і більше) клієнтів адвоката. Саме така конфліктна ситуація закріплена в КПК України як підстава для відводу адвоката. Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК особа не має права брати участь у цьому ж кримінальному провадженні як захисник або представник також у випадках якщо вона у цьому провадженні надає або раніше надавала правову допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги.

Однак, залишається питання: чи може конфлікт інтересів між адвокатом та його клієнтом бути використаний як підстава для відводу адвоката? Аналіз наукової літератури та законодавчої практики свідчить про різні підходи до вирішення цього питання. Так, згідно з ч. 1 ст. 46 КПК України захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в статті 28 також встановлює заборону на укладення договору про надання правової допомоги у разі конфлікту інтересів. Проте, у разі виникнення такого конфлікту після укладення договору (або його виявлення, якщо він був прихований), кримінальний процесуальний закон вже не вважає це суттєвим порушенням засад правосуддя, що має наслідком відвід (самовідвід) адвоката.

Розширену трактовку цієї заборони містить п. 6 ч. 1 ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з яким адвокату забороняється укладати договір про надання правової допомоги і

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

він зобов'язаний відмовитися від виконання договору, укладеного адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, у разі, якщо виконання договору може суперечити інтересам адвоката, членів його сім'ї або близьких родичів, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання, засновником (учасником) якого він є, професійним обов'язкам адвоката, а також у разі наявності інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів. Наведені в цій нормі підстави самоусунення адвоката від виконання договору доцільно впровадити в процесуальне законодавство як підстави для відводу (самовідводу) захисника та представника.

Це складне з правової та етичної точки зору питання знайшло також своє вирішення в Правилах адвокатської етики. Так, відповідно до ст. 9 зазначених Правил, адвокат без письмового погодження з клієнтом, щодо якого виник конфлікт інтересів, не може представляти, захищати клієнта чи надавати йому професійну правничу (правову) допомогу, якщо інтереси клієнта суперечать власним інтересам адвоката. За відсутності письмового погодження клієнта, в разі виникнення конфлікту інтересів в процесі реалізації адвокатом договору, такий договір має бути розірваний з дотриманням умов, визначених цими Правилами [5].

Відзначимо, що Правила адвокатської етики 1999 року містили більш розширений склад суб'єктів, конфлікт інтересів яких унеможливлювали прийняття адвокатом доручення. Згідно зі статтею 23 вказаних Правил адвокат не міг прийняти доручення, знаючи, що його виконання може суперечити його власним інтересам, інтересам його родичів чи адвокатського об'єднання, членом котрого він є, або суперечитиме його професійним та іншим обов'язкам, партійним чи релігійним переконанням. В будь-якому випадку адвокат не може прийняти доручення, в предметі якого безпосередньо зацікавлений він особисто або його близький родич (або партнер, помічник, член технічного персоналу, член адвокатського

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

об'єднання, до якого належить адвокат), від клієнта, інтереси котрого суперечать інтересам вказаних осіб [6].

Становить інтерес включення у цей перелік близьких родичів адвоката та конкретизація осіб, які є членами або співробітниками адвокатського об'єднання. Вбачається доцільним включення такої заборони і в чинні Правила адвокатської етики, що дозволить привести їх у відповідність до норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», зокрема статті 28. Зазначена пропозиція відповідає і міжнародним стандартам юридичної спільноти. Відповідно до Загальних принципів правничої професії, ухвалених Міжнародною асоціацією юристів, під конфліктом інтересів розуміється, що юрист (lawyer) не повинен ставити себе в таке становище, в якому інтереси його клієнта вступають у суперечність із його власними інтересами, інтересами його партнера або іншого клієнта, якщо інше не дозволено законом, або, якщо це дозволено, за рішенням (authorisation) клієнта [7, с.2].

В Україні продовження участі адвоката в проваджені, у випадку встановлення конфлікту інтересів, поставлена в залежність від думки клієнта адвоката. Якщо на етапі укладення договору законодавець імперативно закріпив заборону на надання адвокатом правової допомоги у разі конфлікту інтересів, то після його укладення з'являється можливість вирішення цього питання на диспозитивних засадах, вважаючи, що воно стосується «внутрішніх», довірчих відносин адвоката з його клієнтом. Така позиція законодавця є непослідовною в контексті забезпечення не тільки приватних, а й публічних інтересів. «Якщо б встановлення обставин, що виключають участь адвоката у справі, – слушно зазначає А.С. Таран, – дійсно переслідувало виключно мету захисту інтересів довірителя адвоката, інститут відводу був би диспозитивним та дозволяв би йому

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

користуватися допомогою обраного адвоката навіть при їх наявності» [8, с. 206].

Отже, реалізація інституту відводу не повинна ставитись в залежність від думки учасників провадження, це не питання стратегії чи тактики. Підстави, що виключають участь певного суб'єкта в процесі, в тому числі адвоката, вимагають його відводу незалежно від забаганки когось, будь то його клієнт або протилежна сторона. Вірогідною є також ситуація коли адвокат з особистих мотивів приховує від клієнта свою зацікавленість в результатах процесу, виявити яку та захистити інтереси клієнта адвоката здатен інститут відводу, положення якого дозволяють вийти за межі етичних правил адвокатської спільноти, застосувавши імператив законодавчої норми.

Існуюча в українському законодавстві заборона укладати договір про надання правової допомоги у випадку конфлікту інтересів та позазаконний дозвіл, який містять Правила адвокатської етики, на участь адвоката в процесі за згодою його клієнта, створюють неприпустиму ситуацію конфронтації двох норм. Відсутність законодавчого регулювання «дозвільної» участі адвоката ставить його у вразливе положення у випадку притягнення до дисциплінарної відповідальності. Отже доцільно або закріпити в КПК норми ст. 9 Правил адвокатської етики, які дозволяють адвокату за письмовим погодженням з клієнтом (клієнтами) представляти, захищати його або надавати йому професійну правничу допомогу, незважаючи на наявність конфлікту інтересів, або ж необхідно виключити це положення з Правил.

Керуючись такої позицією, вважаємо також необхідним зрівноважити публічний та приватний інтереси при застосуванні інституту відводу на всіх стадіях провадження та етапах правовідносин адвоката з клієнтом. Конфлікт інтересів адвоката та його клієнта під час провадження

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

здатен кардинально вплинути на забезпечення основних засад правосуддя і тому не може лишатися поза межами законодавчого регулювання. *Отже, питання можливості продовження участі адвоката в процесі у випадку виникнення (виявлення) конфлікту інтересів між ним та його клієнтом має бути врегульовано на законодавчому рівні в статті 78 КПК України поряд з іншими підставами для відводу захисника та представника.*

Конфлікт інтересів клієнтів адвоката в одному провадженні закон визначає як підставу для його відводу (п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК України). Відповідно, проблема як процесуально грамотно реагувати на виявлення такого конфлікту та що вважати конфліктом інтересів у цьому випадку, потребує докладної наукової розвідки.

Положення статті 78 КПК України не повинні підлягати розширеному тлумаченню, конкретизованою має бути і практика їх застосування. Так під особою інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулась з проханням про надання правової допомоги до адвоката, розуміється не будь яка людина і навіть не будь-який учасник провадження, а лише той, у кого є самотійний інтерес в цьому конкретному кримінальному провадженні. Встановлення цього самотійного інтересу викликає іноді значні труднощі в адвокатській практиці. З усіх обставин, що виключають участь у кримінальному судочинстві, відзначає М.В. Горський, найбільшу складність представляє встановлення особистої зацікавленості учасника кримінального судочинства, оскільки дане явище складається з декількох елементів: фактів об'єктивної дійсності (об'єктивна сторона), суб'єктивної сторони (мотиви, інтереси і т.д.) і причинного зв'язку між ними. Природно, що встановити і належним чином довести наявність всіх цих елементів зацікавленості досить складно, особливо для непрофесійних учасників кримінального процесу [9, с. 7-8].

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

В цьому контексті на перший план виходить проблема встановлення факту колізії інтересів клієнтів адвоката та визначення правильного алгоритму дій адвоката, який відповідав би не тільки нормам закону, а й етичним засадам адвокатської діяльності. Так, Ю.О. Кухарук відзначає що всі протиріччя в інтересах підзахисних можна умовно поділити на явні та неявні. До перших належать суперечності, які відомі особам, що беруть участь у справі (слідчий, захисник, підозрювані чи обвинувачені тощо), і які є цілком очевидними. Наприклад, один з обвинувачених визнає вину у вчиненні злочину в співучасті з іншим обвинуваченим, а останній свою причетність заперечує. В таких ситуаціях немає сумнівів у тому, що адвокат не має права захищати обох цих осіб. Прихованими можна назвати ті протиріччя, що не є очевидними для будь-кого із вищеназваних учасників процесу. Порушенням вимог КПК України, на думку науковця, буде захист адвокатом інтересів двох і більше обвинувачених (підозрюваних, підсудних), якщо між їх інтересами має місце будь-яке приховане протиріччя, яке є явним для захисника, навіть якщо ніхто з учасників судочинства, включаючи самих підзахисних, про це не знає [10, с. 4].

Відомий адвокат М.Ю. Барщевский дає наступну пораду щодо етики поведінки адвоката при конфлікті інтересів клієнтів: «Отже, загальне правило щодо дій адвоката в ситуації виникнення конфлікту інтересів можна сформулювати наступним чином: адвокат не повинен консультувати або одночасно представляти інтереси протилежних сторін в суперечці, а також будь-яким чином діяти з питання, в якому присутня або ймовірно може бути присутнім конфлікт інтересів сторін, якщо тільки такі дії не були однозначно схвалені обома сторонами. При цьому, на наш погляд, в разі виникнення дисциплінарних розглядів, обумовлених порушеннями цього правила, тягар доведення доброї волі і того факту, що

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

клієнтам були надані всі необхідні роз'яснення щодо можливості виникнення конфлікту інтересів, а також, що відповідне схвалення з їх боку було отримано, повинен нести адвокат. Разом з тим, слід визнати, що явний відкритий конфлікт інтересів явище майже унікальне» [11, с. 77-78].

Чинний Кримінальний процесуальний закон не дозволяє констатувати, що рішення про відвід захисника приймається виходячи лише з припущення про можливість виникнення протиріч інтересів в майбутньому. Навпаки, КПК конкретно констатує, що наявність таких протиріч повинна мати місце на момент прийняття рішення про відвід. Відповідно, у разі відводу адвоката протиріччя інтересів його клієнтів повинно бути дійсним і реальним, їх наявність в рішенні про відвід має бути обґрунтована.

Отже, *конфлікт інтересів має існувати на момент рішення про відвід, а не в майбутньому. Посилання на можливість виникнення конфлікту в ході подальшого процесу є неприпустимою підставою для відводу*. Проте, адвокат, прораховуючи стратегію захисту своїх клієнтів, має заздалегідь передбачити можливість конфлікту інтересів між його клієнтами, враховуючи наявну попередню інформацію щодо їх показів, взаємовідносин, зібраних у провадженні доказів. Помилка в укладенні угоди з клієнтами, які мають потенційний конфлікт інтересів, може мати наслідком відвід адвоката і, відповідно, втрату його клієнтами, хоча б і тимчасово, можливості отримувати професійну юридичну допомогу та втрату довірчих відносин з обраним адвокатом.

Кримінальний процесуальний кодекс України в п.1 ч.2 ст.78 містить застереження, що заборона участі захисника, представника у цьому ж кримінальному провадженні діє при наявності конфлікту інтересів «у цьому провадженні». Тим самим закон обмежує дію цієї норми рамками одного і того ж провадження. Відповідно, відвід адвоката неможливий,

-
- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

якщо він раніше надавав правову допомогу в рамках іншого провадження особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги.

Вважаємо існуюче застереження, щодо обмеження конфлікту інтересів рамками одного провадження, таким, що не відповідає засадам здійснення адвокатської діяльності, зокрема, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів. Доцільно встановити заборону на надання юридичної допомоги при конфлікті інтересів клієнтів незалежно від часу, що пройшов з моменту її надання одному з них. Навіть через тривалий час після закінчення процесу адвокат не може перетворитися в процесуального супротивника колишнього клієнта по іншій справі і вести його проти інтересів свого колишнього довірителя. Так, згідно з Хартією основних принципів європейської адвокатської професії для уникнення конфлікту інтересів як між різними клієнтами, так і між клієнтом і адвокатом адвокат повинен утримуватися від представництва інтересів нового клієнта, якщо він отримав конфіденційну інформацію від іншого наявного чи колишнього клієнта [2]. Така позиція має підтримку і серед науковців: «Тісні, довірчі відносини між підсудним і його захисником, що складаються при виконанні останнім в суді своїх обов'язків, створює той моральний мікроклімат, який накладає відбиток на всі наступні відносини між ними. У зв'язку з цим, незалежно від часу, що пройшов з дня закінчення процесу, захисник не має права перетворюватися в процесуального супротивника свого колишнього клієнта по іншій справі, вести її проти інтересів колишнього підзахисного» [12, с. 22].

Клієнт адвоката, будь то фізична чи юридична особа, повинен бути завжди впевнений у тому, що передана ним своєму адвокату конфіденційна інформація ніколи і ні за яких обставин не може бути прямо чи опосередковано використана проти нього. Проте висловлюються

-
- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

пропозиції щодо вирішення цієї проблеми шляхом встановлення часових обмежень, по закінченню яких адвокат зможе надавати правову допомогу особі, яка має конфлікт інтересів з його бувшим клієнтом. Так, адвокат М.Ю. Барщевський зазначає: «Вважаємо, що певний вихід з цієї ситуації може полягати у встановленні якогось "терміну давності", протягом якого адвокат не має права виступати в справі проти свого колишнього клієнта, а також закріпленні однозначного встановлення, що в будь-якому випадку, ні відразу, ні через п'ять років адвокат не повинен свідомо допускати розголошення конфіденційної інформації, що стала йому відомою у зв'язку з юридичною допомогою, наданою їм першому клієнтові. Виключити ж повністю можливість прийняття адвокатом справи, спрямованого проти його колишнього клієнта, на наш погляд, є недоцільним і нереальним...» [11, с. 82]. Однак, термін зберігання адвокатської таємниці не обмежений у часі і використання отриманої інформації проти свого бывшего клієнта є безумовним порушенням принципів адвокатської діяльності, що матиме негативні наслідки. Тому застосування «терміну давності» у цьому випадку не уявляється доцільним.

Недоречними вбачаються і заперечення щодо можливої нікчемності отриманої адвокатом інформації від попереднього клієнта. Так, М.Л. Мусіхін, критикуючи ідею безстроковості заборони надання правової допомоги у цій ситуації, зазначає: «...можна припустити, що потерпілий у кримінальній справі про вбивство має право заявити відвід захиснику з тих підстав, що адвокат, який бере участь в якості захисника, три (термін не має значення) роки тому дав цьому потерпілому консультацію з будь-якого правового питання, ніяк не пов'язаним з цією кримінальною справою і підзахисним. У даній ситуації адвокат, не отримавши від потерпілого ніякої інформації по даній кримінальній справі, не маючи з ним ніяких діючих договірних відносин і взаємних зобов'язань, не маючи можливості

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

хоч якось використовувати його давнє спілкування з потерпілим в інтересах свого підзахисного, тільки через наявність самого факту звернення до нього потерпілого за усної порадою може бути відведений від участі в кримінальній справі» [13, с. 204]. Однак, неможливість адвокатом використовувати отримані від клієнта відомості, передусім, пов'язанні з його одностороннім зобов'язанням зберігати адвокатську таємницю. І не має значення зміст цієї інформації та її зв'язок з новою справою, оскільки згідно зі ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату. За умови, що адвокату заборонено розголошувати інформацію про самого клієнта, або про питання з якими він звернувся, навіть про сам факт звернення особи за правовою допомогою, адвокат не може процесуально ні підтвердити, ні спростувати важливість отриманої від бувшого клієнта інформації щодо нового провадження. Тому, апріорі встановлюється *«презумпція значущості інформації»* отриманої адвокатом від клієнта, використання чи просто володіння якою, при наданні правничої допомоги новому клієнту, який має конфлікт інтересів з попереднім, створює неприпустиму колізію, наслідком якої має бути відвід адвоката.

Отже, з метою забезпечення реалізації основних засад здійснення адвокатської діяльності та приведення положень КПК та Правил адвокатської етики до єдиного знаменника, необхідно виключити з п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК України слова *«у цьому провадженні»*. Таким чином, відвід адвоката стане можливим незалежно від часу надання правової допомоги одному з його клієнтів, між якими є конфлікт інтересів.

«Презумпція конфлікту інтересів» клієнтів, як підстава відводу адвоката, неодноразово розглядалась в судовій практиці та наукових працях. Можливість наперед передбачити таку колізію та заборонити

■ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

участь адвоката в процесі або здійснити його відвід згодом, вбачалась превентивним вирішенням низки процесуальних проблем до їх настання. Так, Пленумом Верховного Суду України у своїй Постанові № 2 від 27 лютого 2004 року зазначив, що є неприпустимим здійснення захисту неповнолітнього і повнолітнього співучасника злочину одним і тим же захисником. Пленум звернув увагу судів на те, що при розгляді справ про злочини, вчинені неповнолітніми у групі з дорослими особами, має бути реально забезпечено право неповнолітніх на захист і дотримано всіх вимог закону щодо особливостей розгляду справ цієї категорії [14]. Фактично була встановлена презумпція конфлікту інтересів повнолітньої особи та неповнолітнього. Проте чинна редакція КПК України не містить такої підстави для відводу захисника, представника, а тому не може бути застосована в судовій практиці. В процесі судового розгляду має бути встановлена і доведена наявність такого конфлікту між клієнтами адвоката без вірогідних припущень. Обвинувачення повнолітньої особи у втягненні неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304 КК України) безумовно може служити підставою для встановлення судом конфлікту інтересів між клієнтами адвокат, але лише підставою.

Аналогічну презумпція у своєму дисертаційному дослідженні розглядає Ю.О. Кухарук, яка зазначає, що порушенням вимог КПК України буде захист адвокатом інтересів двох і більше обвинувачених (підозрюваних, підсудних), якщо між їх інтересами має місце будь-яке приховане протиріччя, яке є явним для захисника, навіть якщо ніхто з учасників судочинства, включаючи самих підзахисних, про це не знає. Науковець, враховуючи наявність такого прихованого конфлікту у справах про групові злочини, де проведення диференціації ролі кожного з учасників групового злочину призводить до визначення міри покарання, обґрунтовує позицію про внесення змін до КПК України про те, що одна і

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

та ж особа не може бути захисником двох і більше обвинувачених (підозрюваних, підсудних), якщо вони вчинили груповий злочин [15, с. 10]. Звертаючись до зарубіжного досвіду цікаво відзначити той факт, що згідно з § 146 КПК Федеративної Республіки Німеччина захисник не може одночасно захищати декількох обвинувачених в скоєнні одного і того ж злочинного діяння. В одному процесі він також не може одночасно захищати декількох обвинувачених в скоєнні різних злочинів. [16, с. 222]. Нормативне закріплення презумпції конфлікту безумовно може мати позитивний ефект у питанні попередження виникнення конфлікту, що має наслідком відвід адвокат, а тому заслуговує на увагу суб'єктів законотворення та науковців.

Певні особливості уникнення конфлікту інтересів, а відповідно і відводу, існують у відносинах адвоката з клієнтом – юридичною особою. Згідно зі статтею 39 Правил адвокатської етики якщо у спілкуванні з посадовими особами, службовцями та іншими працівниками клієнта – юридичної особи, пов'язаному з наданням професійної правничої (правової) допомоги цьому клієнту, стає очевидним, що виникає ситуація конфлікту інтересів, адвокат повинен повідомити, що він представляє клієнта – юридичну особу і пояснити свої обов'язки, пов'язані з конфліктом інтересів. У період дії договору про надання правової допомоги клієнту – юридичній особі адвокат не повинен укладати договорів про надання правової допомоги з особами, які перебувають у трудових, цивільно-правових та інших правовідносинах з клієнтом, якщо це може суперечити інтересам клієнта – юридичній особі. Також адвокат не повинен укладати договори про надання правової допомоги із вищезазначеними особами, якщо він є носієм конфіденційної інформації, отриманої при наданні правової допомоги юридичній особі. Адвокат не може приймати доручення від клієнта, якщо суть доручення зводиться до

-
- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

необхідності вчинення дій в інтересах такого клієнта, спрямованих на захист його прав, які перебувають в конфлікті інтересів з юридичною особою, в якій адвокат раніше працював, або надавав професійну правничу (правову) допомогу, якщо адвокат володіє інформацією, що може бути використана проти такої юридичної особи [5]. Зазначені правила пов'язані, передусім, з етичними, корпоративними міркування щодо діяльності адвоката і, хоча і можуть вплинути на перебіг процесу, проте не регламентуються процесуальним законом.

Довірчі відносини адвоката з його клієнтом на засадах конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів, як вже зазначалось, не має залежати від того чи є клієнт фізичною, чи юридичною особою. Проте висловлювались й інші позиції з цього питання. Так, Д.П.Ватман в радянський період писав: «Не має право адвокат приймати доручення і на ведення цивільної справи працівників підприємства або установи проти цієї організації, навіть якщо договір на юридичне обслуговування вже припинений, але спірне відношення виникло в період дії цього договору. Якщо ж цивільний спір виник після припинення юрисконсультських відносин, моральних перешкод для ведення адвокатом такої справи немає, так як обслуговування організації за строковим договором не створює такого тісного зв'язку між нею і адвокатом-юрисконсультом, як це має місце у відносинах адвоката зі своїми клієнтами-громадянами» [17, с. 10]. Принцип довіри, незалежно від виду процесу, є одним з найважливіших в роботі адвоката і він також реалізується в роботі з юридичними особами, яких представляють люди. Тому диференціація обов'язків адвоката щодо дотримання ним адвокатської таємниці або дотримання пріоритету інтересів клієнта або ж недопустимості конфлікту інтересів, жодним чином не може визначатися зазначеним статусом клієнта. Відносини адвоката з

■ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

юридичною особою, як клієнтом, мають здійснюватися на тих же засадах, що і з фізичними особами.

Розвиток в останні десятиліття таких організаційних форм адвокатської діяльності як адвокатське бюро та адвокатське об'єднання, поставили перед юридичною спільнотою низку проблемних питань, зокрема і щодо уникнення конфлікту інтересів. М.Ю. Барщевський так сформулював новий виклик для адвокатів: «Таким чином, ми стикаємося з абсолютно новою проблемою. Справа вже не тільки в тому, щоб сам адвокат уникав конфлікту інтересів, стосовно його індивідуальної практики, а в тому, щоб уникати конфлікту інтересів між клієнтами одного адвокатського бюро (фірми). Що стосується практики роботи адвокатських фірм та бюро слід мати на увазі, що суперечливі інтереси в даному випадку включають в себе (але не обмежуються) зобов'язання не тільки одного конкретного адвоката, а й в рівній мірі його партнерів або професійних помічників адвоката по відношенню до будь-якого іншого клієнта, залученому в даний конфлікт (або угоду), включаючи зобов'язання щодо обміну інформацією» [11, с. 86].

Нормативні вимоги щодо заборони конфлікту інтересів, визначені для адвоката, який здійснює адвокатську діяльність індивідуально, в повній мірі стосуються і адвокатських об'єднань та адвокатських бюро. Правила адвокатської етики, згідно зі статтею 61 зазначених Правил, є обов'язковими для дотримання адвокатськими бюро, адвокатськими об'єднаннями. У випадках, коли стороною в договорі про надання правової допомоги є адвокатське бюро, адвокатське об'єднання, в якому договір з клієнтом укладається від імені бюро або об'єднання, воно зобов'язане забезпечити відповідність кандидатури адвоката, якому доручається виконання договору (окремих робіт за договором), вимогам до компетентності, об'єктивно обумовленим характером доручення, а також

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

забезпечити дотримання інших вимог Правил, що стосуються укладення договору про надання правової допомоги, його виконання та припинення [5]. Такий підхід до вирішення цієї проблеми відповідає міжнародним стандартам здійснення адвокатської діяльності. Так, відповідно до параграфу 3.2.4 Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства 1988 року у випадку колективного здійснення адвокатами професійної діяльності дія параграфів 3.2.1 – 3.2.3 даної статті поширюється як на групу адвокатів у цілому, так і на кожного з адвокатів зокрема [18].

Можливість адвокатів, зареєстрованих в одному адвокатському об'єднанні, здійснювати захист осіб, які в одному кримінальному провадженні мають різний процесуальний статус розтлумачена в роз'ясненні, затвердженому рішенням Ради адвокатів України № 246 від 19 листопада 2013 року. Відповідно до нього у кожному конкретному кримінальному провадженні слід з'ясовувати наявність/відсутність конфлікту інтересів, обставин визначених статтею 48 КПК України та підстав для відводу захисника (представника), встановлених статтею 78 КПК України та обов'язково дотримуватись вимоги: адвокатське об'єднання не може доручати одному адвокату здійснювати захист різних за процесуальним статусом осіб. Таким чином, адвокати, які є учасниками одного адвокатського об'єднання, мають право в одному кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування представляти інтереси (бути захисниками) потерпілого та підозрюваного за умови відсутності конфлікту інтересів, обставин, визначених статтею 46 КПК України, та відсутності підстав для відводу захисника (представника), встановлених статтею 78 КПК України [19, с. 112].

Проблемні моменти виникають у випадку переходу адвоката з одного адвокатського об'єднання (бюро) до іншого. Незважаючи на те, що

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

стороною договору про надання правової допомоги є адвокатське об'єднання (бюро), адвокат, який безпосередньо виконує роботу, також набуває комплекс обов'язків, зокрема і щодо уникнення конфлікту інтересів та збереження адвокатської таємниці, порушення яких буде мати наслідком як процесуальні (відвід), так і дисциплінарні санкції стосовно нього. Перехід на нове місце роботи не позбавляє адвокат тягаря дотримання обов'язків перед своїми бувшими клієнтами. Окремі проблеми виникають і у адвокатського об'єднання (бюро), яке залучило такого адвоката, оскільки фактично отримала «кота в мішку», тобто адвоката з можливими колізією інтересів щодо одного з клієнтів цього об'єднання (бюро). Поява такого адвоката в провадженні може стати підставою для його відводу і репутаційними втратами для адвокатського об'єднання (бюро).

Зазначені проблеми намагаються розв'язати адвокатські спільноти багатьох країн як шляхом встановлення загальнообов'язкових етичних вимог, так і шляхом закріплення внутрішньокорпоративних правил. Так, Американська асоціація юристів у Модельних правилах професійної поведінки (Model Rules of Professional Conduct) встановила в правилі 1.9 (b), що адвокат не повинен свідомо представляти будь-яку особу в тій же або в значній мірі пов'язаній з нею справою, якщо фірма, в якій раніше працював адвокат, раніше представляла в даній справі клієнта, чиї інтереси суттєво суперечать інтересам даного особи і у відношенні якого адвокат отримав інформацію, захищену Правилами і суттєву для справи (якщо тільки колишній клієнт не дає своєї згоди після консультації з адвокатом) [20]. *Включення аналогічної норми в Правила адвокатської етики дозволить сформувати і для українських адвокатів оптимальний алгоритм дій у таких ситуаціях.*

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

Констатація факту надання адвокатом правничої допомоги клієнтам з суперечливими інтересами одночасно по одній і тій же справі призводить до запуску процедури відводу, що містить низку проблем. Так, вимагають осмислення багато питань процедури відводу адвоката, які не отримали законодавчого вирішення, зокрема, як процесуально грамотно реагувати на виявлення конфлікту інтересів клієнтів адвоката в одному кримінальному провадженні. Тобто постає питання: чи повинен адвокат бути відведений в провадженні взагалі, або ж звільнений від надання правничої допомоги тільки одному з клієнтів, а якщо останнє, то кому з них?

Відповідаючи на це питання, зауважимо, що чинний Кримінальний процесуальний кодекс України прямо і спеціально вирішення цієї ситуації не обумовлює. Аналіз наукових праць свідчить, що вчені його вирішують вельми по-різному. Уявлення про процесуальні наслідки конфлікту інтересів клієнтів адвоката, як обставини, що виключає участь у справі останнього, досить суперечливі, як серед науковців, так і практикуючих юристів.

Так, на думку деяких спеціалістів в галузі процесуального права та адвокатів, закон вимагає звільнення адвоката від захисту лише одного з клієнтів. Прихильники цієї позиції відзначають, що тлумачення норми про відвід захисника в разі конфлікту інтересів його довірителів, як такої, що виключає можливість продовження захисту обох підсудних шляхом усунення адвоката, обраного першим з них, призводить до порушення його права на захист. Зазначається, що в разі встановлення конфлікту інтересів довірителів адвоката достатньо буде забезпечити захисником тих підсудних, які зробили вибір на користь іншого захисника, а не усувати адвоката з процесу [21, с. 37].

Висловлюється також позиція, згідно з якої існує загальне правило, яке передбачає відвід адвоката лише щодо одного клієнта, але існують і

-
- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

виключення, які вимагають від адвоката припинення надання правничої допомоги всім клієнтам, між якими виникла колізія інтересів. Так, Ю.О. Кухарук стверджує, що при виявленні суперечностей між підсудними захисник зобов'язаний повідомити про них підзахисних, їх законних представників. При цьому він роз'яснює, що в даній ситуації він не має права здійснювати захист, і що один із них може відмовитися від його послуг та запросити іншого захисника, повідомивши про це слідчого або суд. Проте науковець вважає, що в окремих випадках, виникнення зазначених ситуацій зумовлює усунення захисника від захисту у справі взагалі, якщо він володіє інформацією, яку отримав від одного з підзахисних, і яка викриває іншого підзахисного, тобто має місце взаємне викриття. І під час подальшого захисту одного з підзахисних, адвокат, використовуючи інформацію, яку він отримав від іншого підзахисного, на користь свого підзахисного, таким чином розголошує адвокатську таємницю [10, с. 4].

Розуміння норм, які регламентують процедуру відводу як диспозитивних, що дозволяють учасникам провадження вирішувати самім необхідність виходу з процесу, є досить поширене в середовищі практикуючих юристів. Зокрема, адвокат М.Ю. Барщевський з позиції етичних правил наголошує: «При всій небезпеці, яку може таїти в собі виявлений (реальний або потенційний) конфлікт інтересів між клієнтами, проте наявність такого конфлікту ще не означає, що адвокат в обов'язковому порядку "виходить зі справи". В кінцевому рахунку – це вирішує клієнт. Доводиться визнати, що в певних випадках інтереси клієнтів більшою мірою виявляються дотримані і захищені при тому, що обидва вони користуються послугами одного і того ж адвоката (адвокатської фірми). Справа полягає в тому, що найчастіше істотний вплив на прийняття клієнтом рішення про доцільність подальшої роботи з

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

обраним ним адвокатом надають інші не менш важливі, з його точки зору, фактори... Завдання адвоката в цьому випадку полягає в тому, щоб клієнт не просто знав про наявність конфлікту інтересів, а й чітко розумів, у чому він полягає, і приймав рішення з урахуванням всіх обставин. Дійсно, може скластися ситуація, коли з тих чи інших причин клієнт не хоче звертатися до іншого адвоката, а цьому повністю довіряє, незважаючи на конфлікт, що виник. Тепер уже черга адвоката вирішувати, якою мірою він зможе зберегти неупередженість і свободу в прийнятті рішень, якщо він погодиться представляти даного клієнта при наявності конфлікту інтересів з іншим його клієнтом» [11, с. 87].

Зрозумілим є намір багатьох адвокатів залишитися в процесі, вирішивши проблему виникнення конфлікту інтересів клієнтів неофіційним шляхом. Як варіант, адвокат пропонує одному з клієнтів свого колегу з яким йому «комфортно» працювати, або ж адвокатське об'єднання залучає до участі у провадженні ще одного адвоката зі своїх лав, таким чином забезпечивши собі отримання гонорару від усіх клієнтів з конфліктом інтересів. В цьому контексті слушною є думка А.С. Таран: «Норми закону про відвід виключно імперативні, вони не допускають врахування ніяких умов відводу: ні волевиявлення довірителя адвоката, ні тривалість надання їм юридичної допомоги, ні інших факторів. Навпаки, обставини, що виключають участь у справі будь-якого суб'єкта, в тому числі адвоката, законодавець звів в якийсь абсолют, він підтримує, що їх наявність робить статус учасника процесу «неналежним» з усіма процесуальними наслідками, що впливають» [22]. Процесуальний закон України вирішує питання застосування підстав для відводу адвоката виключно на імперативних засадах, не дозволяючи учасникам процесу проявляти власне волевиявлення або використовувати згоду клієнта для уникнення відводу.

- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

Неузгодженість волі законодавця та позиції адвокатської спільноти чітко проявляється при порівнянні КПК України та Правил адвокатської етики. Згідно з ст. 34 вказаних Правил у випадку, коли в процесі виконання доручення клієнта адвокат дізнався про існування конфлікту інтересів між інтересами цього та інших клієнтів, а також інших осіб за обставин, зазначених у статтях 20 та 22 Правил, він повинен розірвати договір з клієнтом (чи кількома з клієнтів) та/або особою, яка уклала договір в інтересах клієнта, якщо не буде отримано відповідної письмової згоди клієнта (клієнтів) або осіб, зацікавлених у збереженні конфіденційної інформації, на подальше представництво його (їх) інтересів цим адвокатом або на розголос конфіденційної інформації [5]. Тобто Правила дозволяють адвокату припинити правничу допомогу шляхом розірвання договору, а не відводу (самовідводу), лише з одним з клієнтів, а також встановлюють можливість збереження адвокатом свого процесуального статусу захисника, представника для його клієнтів з колізією інтересів, якщо вони нададуть відповідну згоду.

Така позиція суперечить суті інституту відводу, реалізованого в нормах процесуального закону України. «Суть закріплення в законі підстав відводу адвоката в тому, – наголошує А.С. Таран, – що в учасників процесу, які приймають відповідне рішення, немає вибору – відводити чи ні. Вони зобов'язані це робити в кожному випадку виявлення обставин, що виключають участь адвоката у справі. Саме в цьому, в мінімізації внутрішнього розсуду при прийнятті даного рішення, закладена гарантія незалежності адвоката» [23]. Таким чином, очевидно, що ці винятки з правила неприпустимості надання правничої допомоги при конфлікті інтересів клієнтів істотно розходяться з положеннями чинного КПК України, які їх не передбачають.

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

Припустимо, що адвокат відповідно до Правил адвокатської етики отримав відповідну письмову згоду клієнта (клієнтів) або осіб, зацікавлених у збереженні конфіденційної інформації і залишився захисником (представником) лише одного зі своїх клієнтів. Тоді щодо цього адвоката може бути застосований п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК України, згідно з якого підставою для відводу захисника, представника вважається той факт, що ця особа «... у цьому провадженні надає або раніше надавала правову допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги». Таким чином, навіть якщо відсторонити адвоката від надання правничої допомоги одному з його клієнтів, то це не вирішує проблему остаточно, оскільки він у будь-якому разі підпадає під формулювання підстави для відводу, передбачене статтею 78 КПК України.

Вихід адвоката з процесу та розірвання угоди з усіма клієнтами між якими є конфлікт інтересів, направлений, зокрема, і на забезпечення реалізації принципу конфіденційності, складовою якої є збереження адвокатської таємниці. Законодавча вимога про неприпустимість надання допомоги особі, інтереси якої суперечать інтересам колишнього клієнта адвоката, захищає цю особу від загрози розголошення конфіденційної інформації. Тим самим нівелюється етичний казус, коли в подальшу процесі «бувшому» клієнту доведеться виступати проти адвоката, з яким він колись мав довірчі відносини. «Чинний» клієнт адвоката також за такої заборони буде захищений від загроз, що можуть виникнути від конфіденційних зобов'язань адвоката перед попереднім клієнтом, а також від можливості чергової зміни клієнта адвокатом. Так, згідно з параграфу 3.2.1 Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства особливість професії адвоката полягає в тому, що він одержує від клієнта відомості, які той не буде повідомляти іншій особі, а

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

також іншу інформацію, яку йому належить зберігати в таємниці. Довіра до адвоката може виникнути лише за умови обов'язкового додержання ним принципу конфіденційності. Таким чином, конфіденційність є першорядним і фундаментальним правом та обов'язком адвоката [18].

Що стосується адвоката, то повне припинення ним участі в провадженні позбавляє його загрози дисциплінарної відповідальності та репутаційних втрат у випадку звинувачень в розголошенні адвокатської таємниці внаслідок участі в процесі проти свого колишнього клієнта. Навіть отримання згідно з Правил адвокатської етики відповідної згоди від осіб, зацікавлених у збереженні конфіденційної інформації, не вирішує проблем, а навпаки створює загрозу порушення основних засад здійснення адвокатської діяльності. До того ж, збереження адвокатської таємниці щодо обох клієнтів не дає жодних гарантій, що отримана адвокатом інформація від колишнього клієнта не буде використана для формування лінії захисту, коли вони стануть процесуальними супротивниками. Отже, відвід адвоката від участі в кримінальному провадженні тільки щодо одного з клієнтів може обернутися проблемою як проти них обох, так і проти самого адвоката.

Не витримує також критики твердження, що норми статті 78 КПК України допускають відвід без урахування думки самого підозрюваного, обвинуваченого (підсудного) і тому порушують право на отримання кваліфікованої допомоги, в тому числі на допомогу обраного захисника. Відзначимо, що вказані законодавчі положення не знаходяться в стані протиріччя з конституційним правом особи на захист та відповідають основним вимогам, закріпленим у міжнародних актах, зокрема, статті 6 (3) (с) Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Так, Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово зазначав, що право особи, обвинуваченої у вчиненні

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

кримінального правопорушення, на вільний вибір захисника відповідно до статті 6 Конвенції не є абсолютним і може бути обмежено національним законодавством [Дивись докладніше: 24]. Норми процесуального закону про відвід забезпечують дотримання не тільки приватного, а й публічного інтересу. Відповідно вони самі по собі обумовлені необхідністю забезпечення як права особи на захист, так і прав та свобод інших осіб, а також інтересів правосуддя.

Позиція, згідно з якої захисник підлягає звільненню від участі в справі в цілому, а не тільки по відношенню до одного з його клієнтів, знаходить своє обґрунтування і в міжнародних документах. Відповідно до параграфу 3.2.2 Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства адвокат зобов'язаний припинити обслуговування обох клієнтів у випадку вступу їх інтересів у взаємну суперечність, а також при виникненні загрози порушення конфіденційності або загрози незалежності самого адвоката [18]. Застосування зазначених положень повинно здійснюватись однаково, незалежно від того чи перебуває адвокат в конкретному провадженні в статусі захисника або ж представника.

Слід зазначити, що зі змісту законодавчих положень щодо відводу можна зробити умовивід, що заява про відвід, на відміну від заяви про самовідвід, є диспозитивною для учасників процесу. Відповідно, заявлення адвокатом відводу іншому учаснику провадження є його правом, яким він може скористатися або ж ні, в залежності від тактики та стратегії захисту. Проте у випадку наявності підстав, передбачених статтею 78 КПК України, захисник та представник, згідно з статті 80 КПК, зобов'язані заявити самовідвід. Тобто *процесуальний закон імперативно накладає на адвоката обов'язок у разі виявлення конфлікту інтересів між його клієнтами подати заяву про самовідвід.*

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

Відсутність законодавчого регулювання адвокатської діяльності в багатьох аспектах призводить до прояві комплексу сваволі й ілюзій адвокатів, що порушує природні закони суспільного життя, на яких засновується соціальний порядок. Засобом, придатним для розв'язання будь-яких гуманітарних і соціальних проблем, у тому числі проблем адвокатської етики, є принцип соціального натуралізму, започаткований професором О.М. Костенко [Дивись докладніше: 25].

Отже, у випадку конфлікту інтересів клієнтів адвоката в одному провадженні, адвокат підлягає відводу та має вибути з процесу взагалі. Розірвання адвокатом угоди лише з одним з клієнтів та продовження надання правничої допомоги іншому, суперечить положенням закону, міжнародним стандартам адвокатської діяльності та суті інституту відводу. Кримінальний процесуальний кодекс України та Правила адвокатської етики мають бути узгоджені у напрямку встановлення єдиного алгоритму поведінки адвоката у ситуації конфлікту інтересів його клієнтів, що забезпечить неприпустимість продовження участі адвоката в провадженні за такої умови.

Таким чином, підстави та порядок відводу адвоката внаслідок виникнення конфлікту, пов'язаного з суперечністю інтересів, потребують конкретизації у нормативних актах, орієнтиром для яких можуть бути відповідні усталені правила регулювання професійної поведінки адвокатів, встановлені на міжнародному або національному рівнях. Перспектива подальшої наукової розвідки інституту відводу вбачається у дослідженні інших підстав відводу різних учасників провадження та узагальнення юридичної практики застосування відповідних норм процесуального закону.

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvki.pdf>.

Список використаних джерел

1. Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів. Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 727 засіданні заступників міністрів 25 жовтня 2000 року . [Електронний ресурс] / Верховний Суд України – Режим доступу:

[http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/7442A47EB0B374B9C2257D8700495F8B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/7442A47EB0B374B9C2257D8700495F8B)

2. Хартія основних принципів європейської адвокатської професії. Charter of Core Principles of the European Legal Profession. Прийнята Радою адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи 25 листопада 2006 року. [Електронний ресурс] / Адвокат Майбутнього – Режим доступу: <http://tomorrowlawyer.org/wp-content/uploads/2017/03/%D0%A5%D0%B0%D1%80%D1%82%D1%96%D1%8F.pdf>

3. Юридическая енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред..) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 2001. – Т.3: К-М. – 792 с.

4. Іваницький С. О. Теоретичні основи організації адвокатури в Україні: принципи та система: Монографія / С. О. Іваницький. – Київ : Інтерсервіс, 2017. – 800 с

5. Правила адвокатської етики. Затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 року. 09 червня 2017 року. [Електронний ресурс] / Національна Асоціація Адвокатів України – Режим доступу: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf

6. Правила адвокатської етики. Схвалено Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 року,

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

протокол від 1-2 жовтня 1999 р. N 6/VI. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS128.html

7. IBA General Principles for the Legal Profession: adopted by the International Bar Association on 20 September 2006 – London: International Bar Association, 2013 – 3 p.

8. Таран А.С. Правовое и нравственное значение отвода адвоката / А.С. Таран // Судебная власть и уголовный процесс – 2015 – №4 – С.204-208.

9. Горский М.В. Механизм правового регулирования отводов участников уголовного судопроизводства (процессуальное и криминалистическое исследование) [Текст]: автореф. диссер ... канд.. юрид .наук: спец.: 12.00.09 / М.В. Горский – Воронеж, 2009 – 24 с.

10. Кухарук Ю.О. Деякі питання усунення захисника внаслідок виникнення конфлікту, пов'язаного з суперечністю інтересів підзахисних / Ю.О. Кухарук // [Електронний ресурс] / Часопис Академії адвокатури України. – 2010. – №3. – Режим доступу: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/564/584>

11. Барщевский М.Ю. Адвокатская этика. 2-е изд., испр. / М.Ю. Барщевский. – М.: Профобразование, 2000. – 312 с.

12. Кафтасьева А. Отвод защитника / А. Кафтасьева, Л. Винокурова // Советская юстиция. — 1984.- № 10 – С.22

13. Мусихин М.Л. Конфликт интересов как основание для отвода адвоката в уголовном судопроизводстве / М.Л. Мусихин. // Проблема правосубъектности. Вып. 2. – Самара, Самарская гуманитарная академия, 2004. – С. 204-205.

14. Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 27 лютого 2004 р.

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

[Електронний ресурс] / Верховна Рада України – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-04>

15. Кухарок Ю.О. Правова проблема усунення захисника від участі у справі в кримінальному процесі України : автореф. дис... кандид. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Ю.О. Кухарук – К., 2010 – 21 с.

16. Головненков П. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO) – [Текст] : науч.практич. комент. и пер. текста закона / Павел Головненков, Наталья Спица; со вступит. ст. проф. Уве Хелльмана. – Magdeburg: Universitätsverlag, 2012. – 404 с.

17. Ватман Д.П. Адвокатская этика / Д.П. Ватман – М.: Юрид. лит., 1977. – 96 с.

18. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства. Прийнято делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 року. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_343

19. Збірка рішень Ради адвокатів України за 2012-2017 роки / упоряд. В.В. Красник. — Х. : Фактор, 2017. — 576 с.

20. Model Rules of Professional Conduct: adopted by the American Bar Association House of Delegates in 1983. [Електронний ресурс] / American Bar Association – Режим доступу: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html

21. Азизова О.А. Адвокат как участник судебного разбирательства со стороны защиты [Текст]: Диссерт... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / О.А. Азизова – Владимир, 2006. – 209 с.

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvi.pdf>.

22. Таран А. С. Отвод адвоката в уголовном процессе Российской Федерации: монография / А. С. Таран – М.: Юрлитинформ, 2015. – 240 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iuaj.net/node/1769#22>

23. Таран А. С. Обстоятельства, исключающие участие адвоката в уголовном процессе: монография / А. С. Таран – М.: Юрлитинформ, 2013. – 192 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iuaj.net/node/1303#2>

24. Оверчук С.В. Обмеження права вибору захисника у світлі європейських стандартів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2016. – № 2(14) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2016/n2/16osvsys.pdf>.

25. Костенко О.М. Культура і закон – у протидію злу: Монографія / Олександр Миколайович Костенко – К.: Атіка, 2008. – 352 с.

Оверчук С. В.

Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів

У статті досліджуються актуальні в теоретичному і правозастосовному аспектах питання відводу адвоката (в процесуальному статусі захисника та представника) на підставі конфлікту інтересів між ним та його клієнтом, а також між його клієнтами. Доводиться, що питання можливості продовження участі адвоката в кримінальному провадженні у випадку виникнення (виявлення) конфлікту інтересів між ним та його клієнтом має бути врегульовано на законодавчому рівні в статті 78 КПК України. Пропонуються зміни до п. 1 ч. 2 ст. 78 КПК України, які встановлюють можливість відводу адвоката незалежно від

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.

часу надання правової допомоги одному з його клієнтів, між якими є колізія інтересів.

Визначені особливості забезпечення принципу уникнення конфлікту інтересів у відносинах адвоката з клієнтом – юридичною особою. Аналізуються проблемні аспекти уникати конфлікту інтересів між клієнтами одного адвокатського об'єднання або адвокатського бюро. Розглядаються проблемні питання презумпції конфлікту інтересів.

Відзначається невідповідність Правил адвокатської етики нормам КПК України щодо надання клієнтом згоди на продовження адвокатом участі в провадженні незважаючи на наявність конфлікту інтересів. Висвітлюються особливості процесуального порядку відводу адвоката, зокрема, доводиться, що у випадку конфлікту інтересів між його клієнтами, адвокат підлягає відводу (самовідводу) щодо обох клієнтів, а не лише щодо одного з них.

Сформульовані й обґрунтовані пропозиції стосовно усунення прогалин та неузгодженостей у Кримінальному процесуальному кодексі України та Правилах адвокатської етики.

Ключові слова: відвід, відвід адвоката, конфлікт інтересів, відвід захисника, підстави для відводу, самовідвід, адвокат, адвокатська етика.

Оверчук С. В.

Отвод адвоката в уголовном процессе в результате конфликта интересов

В статье исследуются актуальные в теоретическом и правоприменительном аспектах вопросы отвода адвоката (в процессуальном статусе защитника и представителя) на основании конфликта интересов между ним и его клиентом, а также между его клиентами. Доказывается, что вопрос возможности продления участия

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

адвоката в уголовное производстве в случае возникновения (выявления) конфликта интересов между ним и его клиентом должен быть урегулирован на законодательном уровне в статье 78 УПК Украины. Предлагаются изменения к п. 1 ч. 2 ст. 78 УПК Украины, которые устанавливают возможность отвода адвоката независимости от времени оказания правовой помощи одному из его клиентов, между которыми существует коллизия интересов.

Определены особенности обеспечения принципа избежания конфликта интересов в отношениях адвоката с клиентом – юридическим лицом. Анализируются проблемные аспекты избежания конфликта интересов между клиентами одного адвокатское объединение или адвокатского бюро. Рассматриваются проблемные вопросы презумпции конфликта интересов.

Отмечается несоответствие Правил адвокатской этики нормам УПК Украины касательно предоставления клиентом согласия на продолжение адвокатом участия в производстве невзирая на наличие конфликта интересов. Освещаются особенности процессуального порядка отвода адвоката, в частности, доказывається, что в случаях конфликта интересов между его клиентами, адвокат подлежит отводу (самоотводу) касательно обоих клиентов, а не только касательно одного из них.

Сформулированы и обоснованы предложения по устранению пробелов и несогласованностей в Уголовном процессуальном кодексе Украины и Правилах адвокатской этики.

Ключевые слова: отвод, отвод адвоката, конфликт интересов, отвод защитника, основания для отвода, самоотвод, адвокат, адвокатская этика.

▪ Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvki.pdf>.

Overchuk S. V.

Disqualification of attorney in criminal proceedings as a result of conflict of interests

The article investigates the issues of separation of the attorney (in the procedural status of the defense counsel and representative) in the theoretical and law enforcement aspects on the basis of a conflict of interest between him and his client, as well as between his clients. It has been argued that the question of the possibility of continuing the participation of a lawyer in criminal proceedings in the case of the emergence (detection) of a conflict of interest between him and his client should be regulated at the legislative level in Article 78 of the CPC of Ukraine. Proposed changes to paragraph 1 part 2 of article. 78 CPCs of Ukraine, which establish the possibility of withdrawing a lawyer regardless of the time when legal aid was provided to one of his clients, among whom there is a conflict of interest.

The features of ensuring the principle of avoiding a conflict of interests in the relations of a lawyer with a client – a legal entity are determined. The problematic aspects of avoiding conflicts of interest between clients of one lawyer's association or law firm are analyzed. The problematic issues of the presumption of conflict of interests are considered.

There is a discrepancy of the Rules of Bar Ethics with the norms of the CPC of Ukraine regarding the provision of the client's consent to the continuation of the advocate's participation in the proceedings despite the existence of a conflict of interest. The peculiarities of the procedural order of disqualification of the lawyer are highlighted, in particular, it is proved that, in the event of a conflict of interests between his clients, the lawyer is subject to withdrawal (withdrawal) for both clients, and not only with respect to one of them.

-
- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvvi.pdf>.

The proposals on eliminating gaps and inconsistencies in the Criminal Procedure Code of Ukraine and the Rules of Advocate's Ethics are formulated and substantiated.

Key words: withdrawal, solicitation of a lawyer, conflict of interests, defense counsel, grounds for withdrawal, self-remittance, lawyer, advocacy ethics.

-
- Відвід адвоката в кримінальному процесі внаслідок конфлікту інтересів / С. В. Оверчук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2018. – № 1(17) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18osvcki.pdf>.